

MEMORANDO

450

Bogotá, D.C.,

PARA: ANA DUNIA PINZÓN BARON
Alcaldesa Local (E) de Teusaquillo**DE:** Director de Contratación**ASUNTO:** Concepto Jurídico – Respuesta Memorando N° 20216320003583 de fecha 02/06/2021

Respetada Dra. Pinzón

En respuesta a la solicitud del asunto, procede esta Dirección a pronunciarse en los siguientes términos:

1. MARCO JURÍDICO PREVIO

Conforme con lo dispuesto en el literal m) del artículo 25 del Decreto Distrital 411 de 2016, cuyo tenor literal indica:

*“Artículo 25 Dirección de Contratación. Corresponde Dirección de Contratación (sic) el ejercicio de las siguientes funciones:**m. Atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia”*

Revisado el contenido de la anterior disposición, es claro que, a partir de la vigencia del citado Decreto, surge la obligación de la Dirección de Contratación, como dependencia adscrita a la Subsecretaría de Gestión Institucional de la Secretaría Distrital de Gobierno, de emitir concepto sobre los diferentes asuntos contractuales no sólo de la Secretaría, sino también de la gestión contractual de Fondos de Desarrollo Local. Sin embargo, si bien, las disposiciones normativas posibilitan el seguimiento y control de las actuaciones circunscritas a la gestión contractual de la Secretaría y los citados Fondos, la misma no debe sobrepasar los límites funcionales, las competencias y por ende las responsabilidades propias de los Alcaldes Locales como ordenadores de gasto de los recursos asignados a los Fondos de Desarrollo Local, a la luz de las disposiciones contenidas en el artículo 40 del Decreto 1421 de 1993, artículo 1 del Decreto 460 de 1993 y lo consagrado en el Decreto 768 de 2019.

En tal sentido, la Dirección de Contratación de la Secretaría Distrital de Gobierno no es competente para pronunciarse sobre la actividad contractual particular de los Fondos de Desarrollo Local, que a través de los Alcaldes Locales como autoridades delegatarias ordenan el gasto y asumen las responsabilidades propias de las decisiones que toman para la correcta ejecución de su gestión contractual.

2. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURIDICOS

Reviste especial relevancia, recalcar la disposición contenida en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que establece: *“Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en*

contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”

En tal sentido, la doctrina administrativa en Colombia frente a los conceptos ha enseñado que estos “no obligan a la administración (...) No son actos administrativos, en la medida que no adoptan decisiones, ni están llamados a producir efectos jurídicos”¹. Por su parte, el profesor Gustavo Penagos, profundizó así “los conceptos que emitan las autoridades (...) ni comprometen la responsabilidad de la entidad ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución, simplemente, por tratarse de meros conceptos, que no contienen decisiones, sino pareceres o criterios de la respectiva entidad”². El mismo autor indica que en virtud del parágrafo del artículo 57 del Decreto 2117 de 1992, solamente se pueden considerar obligatorios los conceptos emitidos por la DIAN, mediante su Subdirección Jurídica, y su desconocimiento podrá acarrear sanción disciplinaria.

Por otro lado, existe importante jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, a saber “De la formulación de consultas escritas o verbales las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y en relación con las respuestas, establecen que ellas no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución. Mediante los conceptos se absuelven consultas tanto de funcionarios como de particulares formuladas en procura de conocer, desde el punto de vista jurídico, criterios y opiniones acerca del problema consultado...” (Sección Primera, Auto mayo 6 de 1994, M.P. Yesid Rojas Serrano).

En igual sentido mediante sentencia de la Sección Segunda del 06 de febrero de 1997 radicado 7736, se sostuvo que los conceptos jurídicos “no contienen una decisión capaz de crear, modificar, ni extinguir situación jurídica de ninguna índole, ya sea de carácter general o particular”. Y otra jurisprudencia de la misma Alta Corporación fue enfática en señalar que “Fácilmente se advierte que la simple opinión de un funcionario en un caso particular, no tiene virtualidad alguna de obligatoriedad”³

En este orden de ideas, es preciso concluir que, aunque por expresa disposición normativa e imperativo jurisprudencial, a la Dirección de Contratación le ha sido asignada la función de atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia, los mismos no obligan tal como se ha argumentado con suficiencia.

3. CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO.

En primera instancia, cabe iniciar citando la consulta del FDL de Teusaquillo, en los siguientes términos:

El Instructivo GCO-GCI-IN031 para la entrega de bienes muebles e inmuebles en Comodato (Vigencia desde 29 de enero de 2021), establece en su acápite de “Políticas de Operación” lo siguiente:

“Para todos los efectos los contratos de comodato solo podrán celebrarse con Juntas de Acción Comunal u otras entidades de derecho público”.

Con respecto a este particular, que corresponde a una política propia del Distrito, se observa que los estudios previos remitidos, así como el proyecto de resolución de justificación de contratación directa, planean la suscripción de un contrato de Comodato entre la Alcaldía Local de Teusaquillo y una persona jurídica denominada VOLUNTARIADO DE ACCION SOCIAL BARRIO EL RECUERDO con NIT 830.047.626-4.

¹ Jaime Orlando Santofimio, Tratado De Derecho Administrativo Tomo II pág. 196 y ss

² Gustavo Penagos, El Acto Administrativo, Tomo I pág. 228 y ss,

³ Consejo de Estado. Sección Cuarta, Auto Diciembre 13 de 1976.

De conformidad con el certificado de existencia y representación legal, el VOLUNTARIADO DE ACCION SOCIAL BARRIO EL RECUERDO, corresponde a una entidad sin ánimo de lucro, cuya naturaleza jurídica es diferente a la de una Junta de Acción Comunal, y por su puesto diferente a una entidad de derecho público, tal y como lo requiere el Instructivo GCO-GCI-IN031. Por las anteriores razones, la contratación propuesta no cumple con las disposiciones internas para efectos de suscribir contratos de comodato.

(...)

Así las cosas, y de acuerdo con lo expuesto, se solicita establecer si es viable y procedente la asignación de dicho inmueble de propiedad del Fondo de Desarrollo Local de Teusaquillo nuevamente en comodato al voluntariado de acción social, sin ir en contravía con lo establecido en el instructivo Instructivo GCO-GCI-IN031.

4. RESPUESTA A LA CONSULTA REALIZADA BAJO EL CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO.

Una vez descritos los argumentos esbozados por el consultante y transcritos en su totalidad, dispone este despacho a darle respuesta a su inquietud, la cual nos permitimos citar concretamente de la siguiente manera:

“(...) Así las cosas, y de acuerdo con lo expuesto, se solicita establecer si es viable y procedente la asignación de dicho inmueble de propiedad del Fondo de Desarrollo Local de Teusaquillo nuevamente en comodato al voluntariado de acción social, sin ir en contravía con lo establecido en el Instructivo GCO-GCI-IN031. (...)”

4.1. Análisis Normativo

En cuanto a los contratos de Comodato el artículo 2200 del Código Civil lo define así:

“El Comodato o préstamo de uso es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella y con cargo a restituir la misma especie después de terminar el uso”.

La Ley 9 de 1989 sobre contrato de comodato en el artículo 38 señaló lo siguiente:

*“ARTICULO 38. Las entidades públicas no podrán dar en comodato sus inmuebles **sino únicamente a otras entidades públicas, sindicatos, cooperativas, asociaciones y fundaciones que no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos, juntas de acción comunal, fondos de empleados y las demás que puedan asimilarse a las anteriores, y por un término máximo de cinco (5) años, renovables. Los contratos de comodato existentes, y que hayan sido celebrados por las entidades públicas con personas distintas de las señaladas en el inciso anterior, serán renegociados por las primeras para limitar su término a tres (3) años renovables, contados a partir de la promulgación de la presente ley**”* (Negrilla fuera de texto).

De conformidad con lo previsto en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, las entidades estatales están facultadas para celebrar este tipo de contrato regulado por el derecho privado, observando los límites señalados en normas especiales sobre la materia, en cuanto al tiempo máximo de duración y la destinación o uso que debe darse al bien.⁴

⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No.1077 del 26 de marzo de 1998

Así las cosas, cuando el contrato de comodato se celebre entre una entidad estatal y una entidad privada sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, se requiere que los programas que se pretendan fomentar con dicho contrato, tengan una relación de medio a fin con los planes y programas de la entidad comodante, acorde con lo previsto en el artículo 355 de la Constitución Política y el decreto 92 de 2017.

Del Instructivo GCO-GCIIN031 - Instrucciones para la entrega de Bienes Muebles e inmuebles en Comodato

La función administrativa comprende una serie de actuaciones diversas (actos internos o interorgánicos - actos interadministrativos); de igual manera (actos administrativos – actos de la administración) (actos que producen efectos jurídicos – meros pronunciamientos administrativos que no inciden, ni modifican la relación jurídica sustancial).

Por lo cual frente a estos actos administrativos en mención, se parte por reconocer “la competencia normativa” de la administración pública, dentro de la cual se resalta: (i) la ejercida a nivel interno, a efecto de materializar los postulados de dirección y jerarquía; (ii) la desarrollada a nivel interpretativo (de las normas superiores) a efecto de obediencia por los ciudadanos; (iii) aquellas que en estricto sentido no contienen decisión administrativa, sino informaciones, la generalidad de los conceptos, recomendaciones, lineamientos; ejercicio de una actividad meramente orientadora, o descriptiva⁵.

Así las cosas, las Instrucciones y/o Circulares son actos administrativos que bajo la premisa de la autonomía administrativa que establecen normas internas de organización o de orientación que deben cumplir los servidores públicos que componen la estructura de la Administración, en este caso la Secretaría Distrital de Gobierno y los Fondos de Desarrollo Local.

Frente al instructivo GCO-GCIIN031 Versión 04 establece como “Propósito”:

“Establecer los lineamientos y actividades para la entrega de bienes muebles a través de contratos de comodato, y cuya propiedad corresponde a la Secretaría Distrital de Gobierno, o a los Fondos de Desarrollo Local, con el fin de administrarlos de manera eficiente en cumplimiento de la normatividad vigente en materia de contratación estatal, administrativa y contable.” (Subrayado fuera de texto).

En desarrollo de lo anterior, el instructivo menciona como “Políticas de Operación” la siguiente:

(...) 2. Para todos los efectos los contratos de comodato solo podrán celebrarse con Juntas de Acción Comunal u otras entidades de derecho público. (...) (Subrayado fuera de texto).

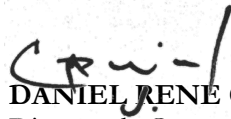
Bajo lo expuesto es claro que este lineamiento expedido bajo la competencia normativa de la Secretaría Distrital de Gobierno debe ser acogido por el Fondo de Desarrollo Local de Teusaquillo, en el entendido que los contratos de comodato suscritos a partir de la vigencia del instructivo solo podrán celebrarse con Juntas de Acción Comunal u otras entidades de derecho público.

⁵ Expediente: 2020-0981 Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera – Subsección A - Fecha (23) de abril de (2020) Magistrado Ponente: Dr. JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ

No obstante lo anterior y de acuerdo al análisis realizado a la consulta expuesta por el FDL de Teusaquillo, este Despacho realizará las actuaciones pertinentes de acuerdo a su competencia, con el fin que sea revisado el instructivo y así contribuir a la mejora continua de nuestra organización en materia de contratación.

En los términos anteriores se emite el presente concepto, tomando como base la información que fue remitida electrónicamente a la Dirección de Contratación, y para la toma de decisiones exclusivamente de la órbita de las competencias del Fondo de Desarrollo Local, y es su responsabilidad acoger el contenido del presente concepto de forma total, parcial o negativamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Esperamos de esta forma haber dado respuesta a la solicitud no sin antes señalarle que, cualquier otra inquietud sobre el particular con gusto estaremos dispuestos a atenderla.

Cordialmente,



DANIEL RENE CAMACHO SÁNCHEZ
Director de Contratación

Elaboró: John Alexander Ch.- Abogado Contratista Dirección de Contratación.